

A segurança jurídica e o efeito vinculante perante o próprio supremo tribunal federal



Pedro Luís Piedade Novaes

Juiz Federal em Araçatuba/SP, Mestre em Direito,
Professor Universitário.

Resumo: o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, tem, entre várias incumbências contidas no artigo 102 da Constituição Federal, a de processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), as quais são um dos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade previstos na nossa Lei Maior. Tais demandas, decididas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99, têm eficácia perante todos (*erga omnes*), em regra efeitos retroativos (*ex tunc*) e vinculam toda a Administração Pública (Federal, Estadual, Distrital e Municipal) e os órgãos do Poder Judiciário. Nesse contexto, visa o presente estudo demonstrar que os efeitos da decisão proferida em sede de ADI devem também vincular o próprio órgão prolator, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, garantindo-se, assim, a observância do Princípio da Segurança Jurídica.

Palavras-chave: ação direta de inconstitucionalidade – efeito vinculante – supremo tribunal federal – direito constitucional – princípio da segurança jurídica.

Abstract: the Supreme Court, the highest Court of the Brazilian Judiciary, has, among several incumbencies contained in the Article 102 of the Federal Constitution, one to prosecute and judge the Direct Actions of Unconstitutionality (ADIs), which are instruments of a concentrated control of constitutionality prescribed in our highest law. Such demands, decided by the full Supreme Court, under Article 28, sole paragraph of Federal Law # 9.868/99, are effective to all (erga omnes), has retroactive effect (ex tunc) and bind the entire government (Federal, State, District and Municipal) and the organs of the judiciary. In this context, this study aims to demonstrate that the effects of the ADI's decision is also binding on the Brazilian Supreme Court, guaranteeing thus the observance of the Principle of Legal Certainty.

Keywords: direct action of unconstitutionality - binding effect - supreme court - constitutional law - principle of legal certainty.

1 - introdução

Existe controle de constitucionalidade de normas jurídicas quando há uma Lei Maior (Constituição), a qual está em plano hierárquico mais alto que todas as leis e atos normativos de um determinado Estado Soberano. Vige, nesse cenário, o princípio da Supremacia da Constituição, o qual somente tem aplicação nas constituições rígidas, isto é, aquelas que apresentam um processo específico para reforma constitucional distinto e mais dificultoso daquele necessário para alteração de uma norma infraconstitucional. Assim, “el fundamento de este control se basa en la diferenciación jerárquica existente entre la Constitución y la ley ordinaria”¹, ou seja, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”². Dessa maneira, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não uniforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”³.

Há vários tipos de controle de constitucionalidade⁴, dos quais nos interessa aqui o controle repressivo judicial, o qual é subdividido em difuso e concentra-

1 LATAILLADE, Iñigo Cavero & RODRIGUES, Tomás Zamora. Introducción al derecho constitucional. Madrid: Editorial Universitas S.A, 1995, p. 414.

2 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19^a. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 637.

3 MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11.

4 Alexandre de Moraes apresenta uma classificação dos tipos de controle de constitucionalidade: “A presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico” (2006, p. 639). Como exemplo de controle preventivo do Poder Executivo, temos o veto presidencial (art. 66, §§ 1º e 2º, CF); do Legislativo, as Comissões de Constituição de Justiça do Senado e da Câmara dos Deputados.

do. Diz-se concentrado o controle de constitucionalidade, porquanto será exercido por um único órgão – no caso, o Supremo Tribunal Federal –, ao contrário do controle difuso de constitucionalidade, também previsto no ordenamento jurídico pátrio, que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, que pode resolver incidentalmente sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei, quando do julgamento de um determinado caso concreto. Para José Joaquim Gomes Canotilho, o controle concentrado (ou abstrato):

“Tem por objeto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas. É um processo de controle de normas, destinado, de forma abstrata, a verificar a conformidade formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição”.

Nessa conjuntura, a ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI) é um dos meios de controle concentrado de constitucionalidade das normas previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 102, I, “a”) e está regulamentado pela Lei nº 9.868/99. Além da ADI, há a previsão constitucional de outras formas de controle concentrado de constitucionalidade, como, por exemplo, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a ADI Interventiva. Contudo, o presente estudo será direcionado à Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI) e aos reflexos do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. Aspectos gerais da ação direta de inconstitucionalidade

Faz-se necessária uma breve análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade, para, então, ser possível analisar o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a sua possível vinculação perante o próprio órgão julgador.

O modelo concentrado de constitucionalidade das leis, idealizado por Hans Kelsen, “foi introduzido na Constituição Austríaca de 1920 e aperfeiçoado em sua reforma de 1929”⁵, e somente inserido em nosso ordenamento jurídico com o advento da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª. Coimbra: Almedina, 2003, p. 873.

6 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 166.

de 1946. Até então, o controle de constitucionalidade no Brasil se resumia ao difuso (existente desde a Constituição Federal de 1891) e à representação interventiva (prevista desde a Constituição Federal de 1934).

A despeito de haver previsão do modelo concentrado de constitucionalidade desde 1965, esse somente vingou no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. E a razão é simples: em 1965, o único legitimado previsto para a propositura de ações desta natureza era o Procurador-Geral da República, que era nomeado pelo Presidente da República. Por se tratar de cargo de confiança, o Chefe do Executivo poderia demiti-lo *ad nutum*. Ademais, o País vivia sob a égide de um regime de exceção, de ditadura militar, sendo que a propositura de uma ação que conflitasse com os interesses do Governo Federal resultaria em demissão sumária do Procurador-Geral da República. Em suma, quem detinha, de fato, o poder para desencadear o processo de controle concentrado era exclusivamente o Poder Executivo (ditadura militar); daí a sua ineficácia.

Visando dar efetividade ao controle concentrado de constitucionalidade das normas, a Constituição Federal de 1988 ampliou o leque de legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), sendo eles: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido político com representação no Congresso Nacional; Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional (art. 103, I a IX, CF). Os primeiros seis legitimados supracitados possuem legitimação universal para ingressar com a ADI, ou seja, podem propor tal demanda sem precisar comprovar a pertinência temática, em face de suas próprias atribuições institucionais; já os três últimos (Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal e; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional) necessitam demonstrar a existência de relação entre a norma impugnada e as suas atividades institucionais, sob pena de indeferimento da inicial.

O procedimento da ADI encontra-se regulamentado na Lei 9.868/99⁷, sendo praticamente um compêndio da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre o procedimento dessa específica ação de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, “a lei endossou a maior parte das linhas jurisprudenciais anteriormente consolidadas pelo STF a respeito da matéria, bem como incorporou inúmeros dispositivos regimentais”⁸.

Nos termos do artigo 102, I, “a”, CF, a ADI pode ter como objeto lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (este, no exercício de competência estadual), desde que seja dotado de generalidade, seja posterior à Constituição Federal de 1988, esteja em vigência e, especialmente, viole diretamente norma da Constituição Federal. Podem ser objeto de controle de constitucionalidade via ADI: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, tratados internacionais e demais atos normativos que sejam genéricos e abstratos. Sob ângulo contrário, não são objeto de ADI: lei municipal que viole diretamente a Constituição Federal; lei ou ato normativo (federal, estadual ou distrital) anterior à CF (é caso de não recepção perante a Constituição Federal de 1988, e não de inconstitucionalidade); normas constitucionais do Poder Constituinte Originário (os aparentes conflitos devem ser harmonizados por interpretação sistemática da CF); súmulas vinculantes (por terem um procedimento próprio de revisão, não se faz necessária a técnica de controle de constitucionalidade).

No que se refere à competência para julgamento da ADI, como se trata de controle concentrado de constitucionalidade, o art. 102, I, “a” da CF atribui exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade. Há também previsão de ADI estadual, cuja competência para julgamento é do Tribunal de Justiça do referido Estado (art. 125, § 2º, CF).

O processo de ADI tem cunho objetivo, no qual não há interesses concretos em jogo, mas sim a análise abstrata do texto legal, significando dizer

7 Quando houver neste estudo a citação de artigo sem indicação da lei, estaremos nos referindo à de nº 9.868/99.

8 BARROSO, ob. cit., p. 169.

que a relação processual desse tipo de ação não pode ser entendida à luz do processo civil subjetivo comum. Ou seja, “o processo objetivo (...) não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais”⁹. No que se refere a essa natureza de processo objetivo, Clèmerson Merlin Clève¹⁰ salienta que:

“... Cuida-se de um ‘processo’ que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição (no caso constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição da lide. É que, sendo ‘objetivo’, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida”.

Há quem entenda que a exigência da pertinência temática para ajuizamento da ADI por alguns dos legitimados pela Constituição Federal descaracteriza o caráter objetivo dessas demandas, pois “implica a transposição de situações subjetivas para o processo objetivo de controle abstrato de normas”¹¹. Mesmo não havendo previsão da exigência de pertinência temática na Constituição Federal nem na Lei nº 9.868/99, essa questão está pacificada há muito tempo no STF, exigindo-se esse requisito para fins de evitar uma avalanche de ações dessa natureza, conforme julgamento da ADI 1096 MC/RS, relator o Ministro CELSO DE MELLO, julgamento em 16/03/1995, DJ 22/09/1995, p. 30.589.

Para Gilmar Ferreira Mendes, o processo de controle abstrato de normas, como é a ADI, tem dupla função: “Ele atua tanto como instrumento de defesa

9 BARROSO, Luiz Roberto. O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114.

10 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.143-144.

11 QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. Brasília, v. 15, nº 7, jul/2003, p. 72.

da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas”, ou seja, tem como finalidade direta a defesa da Constituição Federal e, via reflexa, os interesses subjetivos¹². Em razão de ser um processo objetivo, sem partes litigantes, não há que se falar em impedimento ou suspeição de ministro do STF em ADI. Nem mesmo se quem ajuizou a ação (ex.: Procurador-Geral da República) ou defendeu a norma atacada (ex.: Advogado-Geral da União — AGU) venha, posteriormente, a ser empossado ministro do STF, como é o caso dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Dias Toffoli, que foram AGUs dos governos FHC e Lula, respectivamente.

No julgamento da ADI, o STF não se encontra condicionado à causa de pedir, podendo decidir a ação por outros fundamentos, conforme trecho do voto do Sydney Sanches, relator da ADIMC nº 1.358-DF, DJ 26/04/96: “Na ação direta de inconstitucionalidade cujo processo é objetivo, não ‘interpartes’, a ‘causa petendi’ pode ser desconsiderada e suprida, por outra, pelo STF, segundo sua pacífica jurisprudência”. Todavia, o STF fica condicionado ao pedido do autor da ADI, conforme explicita André Ramos Tavares¹³, posição que entendemos pertinente com a Constituição Federal:

“... Os fatos e fundamentos jurídicos trazidos à baila na petição inicial não serão os únicos a serem analisados quando da decisão do STF acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Isto quer dizer que, na realidade, o STF como Guardião da Constituição, quando declara a inconstitucionalidade em ADI, profere um juízo em relação a toda a extensão da Constituição, e não apenas em relação ao que fora arguido pelo legitimado ativo quando do ingresso em juízo. Entretanto, quanto ao pedido, este vincula o STF. Devem os ministros apreciar o pedido de suposta inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, podendo,

12 MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 295.

13 TAVARES, André Ramos, in: Curso de Direito Constitucional, 7ª. Saraiva, 2009, p. 305.

por conseguinte, decretar a inconstitucionalidade da norma por fundamentos diversos (STF, RTJ 46/352)".

Por outro lado, não se admite desistência em ADI (art. 5º), em virtude do princípio da indisponibilidade que rege o processo de controle normativo abstrato, o qual impede — por razões exclusivamente fundadas no interesse público — que o autor da ação direta de inconstitucionalidade venha a desistir do pedido de medida cautelar por ele eventualmente formulado. E “a razão principal que fundamenta o dispositivo ora examinado reside na natureza objetiva do processo do controle de constitucionalidade”.¹⁴

A Lei nº 9.868/99, no seu artigo 10 e seguintes, prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI, desde que presente perigo de lesão irreparável na manutenção da validade ato impugnado até a decisão definitiva, produzindo efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (art. 11, § 1º). A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 2º). Com exceção ao período de recesso, em que a análise será feita pelo Presidente do STF, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, presentes na sessão pelo menos oito ministros (art. 10, caput).

Da mesma forma, a decisão final sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros (art. 22). Efetuado o julgamento, será proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido tiverem se manifestado pelo menos seis Ministros (art. 23).

Contra a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade em ADI não cabe ação rescisória nem recurso, com a exceção de embargos declaratórios (art. 26). A eficácia das decisões em ADI tem validade a partir da publicação da ata de julgamento no DJU. A ação direta de inconstitucionalidade não está sujeita a qualquer prazo de natureza prescricional

14 MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei nº 9.868/99*. São Paulo/SP: Saraiva, 2001, p. 155.

ou decadencial. E nem poderia ser diferente, pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo simples decurso do tempo. Nesse sentido, a decisão na ADI n. 1.247-9, relator o ministro Celso de Mello, julgamento em 17/08/1995, DJ de 08/09/1995:

“... O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo”.

Após esse intróito legislativo e jurisprudencial, passamos a analisar os efeitos da decisão em ADI, em especial o vinculante e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Efeito vinculante da ADI perante o STF

As decisões definitivas, proferidas pelo STF em sede de ADI, nos termos do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.878/99, têm, em regra, efeitos *ex tunc*, vinculante e eficácia *erga omnes*. Entende-se por efeito *ex tunc* a possibilidade de a decisão em ADI retroagir no tempo. Assim, se o STF decide que uma norma é inconstitucional, ela é considerada nula, não subsistindo nenhum de seus efeitos, sendo a mesma extirpada do ordenamento jurídico como se nunca tivesse existido, fazendo, inclusive, com que a lei anterior revogada seja restabelecida, ou seja, há o efeito repristinatório nesse caso¹⁵. A regra do efeito *ex tunc* comporta exceção: em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de 2/3 de seus membros (oito ministros), restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (artigo 27).

Dessa maneira, os efeitos da decisão em sede de ADI podem ser manipulados quanto à eficácia temporal, sendo denominado esse fenômeno de

15 Sobre o efeito repristinatório, vide decisão na ADIN nº 2.215/PE, de relatoria do ministro Celso de Mello, decisão: 17/04/2001 (informativo STF nº 224).

modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que pode ser utilizada, inclusive, para o futuro. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.240, relator o Ministro Eros Grau, entendeu pela inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o município de Luiz Eduardo Magalhães, mas, tendo em vista a excepcionalidade do caso, determinou a vigência dessa norma inconstitucional por mais 24 (vinte e quatro) meses. Com isso, “consagra-se, desta forma, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, já que, dependendo do caso concreto, como disse o Min. Gilmar Mendes, a ‘nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social’”.¹⁶

A eficácia *erga omnes* faz com que decisão em ADI seja aplicada em relação a todos. Já o efeito vinculante significa que o veredicto do STF deverá ser seguido pelo Poder Público e pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Mesmo que sejam, à primeira vista, muito parecidos, os mencionados efeitos da ADI têm diferença nítida: a eficácia *erga omnes* “está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão, enquanto o efeito vinculante prende-se aos limites objetivos da decisão, isto é, qual parte da decisão deverá ser respeitada pelo poder público”.¹⁷

O efeito vinculante, previsto no parágrafo único do artigo 28, da Lei nº 9.868/99 para as decisões do STF em sede de ADI, somente foi introduzido em nosso ordenamento jurídico com o advento do artigo 187 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que regulamentou a denominada representação interpretativa (art. 119, I, “I”, CF de 1967, com redação dada pela EC nº 7, de 13/04/1977). Já na Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993, introduziu o § 2º no artigo 102, CF e trouxe o efeito vinculante para as ações declaratórias de constitucionalidade.

16 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

17 PELICIONI, Ângela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF. Ano 44, nº 174, abril/jun/2007, p. 39.

dade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Posteriormente, a Lei nº 9.868/99 estendeu esse efeito vinculante para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Finalmente, a EC nº 45/2004 acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal e criou a denominada súmula vinculante, cujas características também são de vinculação, a partir da sua publicação na imprensa oficial, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública de todas esferas governamentais.

Nos termos da redação do artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99, a decisão em ADI gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariá-la. Portanto, não há necessidade de processo de execução: se a Administração Pública ou órgão do Poder Judiciário não observam o julgado e aplicam a norma, há nítido descumprimento, pode ser interposta reclamação, por força do efeito vinculante, ou outra medida judicial (mandado de segurança, ação cautelar, ação ordinária com pedido de antecipação de tutela etc.). Nem se aplica o artigo 52, X, da Constituição Federal, que determina que compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que tal incumbência somente tem aplicação no controle difuso e não no concentrado, o qual já tem o efeito vinculante, com aplicação imediata. Nesse sentido: RTJ 146/461; 151/331.

Há discussão doutrinária no sentido da vinculação ou não da decisão de ADI perante o Poder Legislativo. Na visão de Alexandre de Moraes¹⁸, a resposta é positiva (vincula), sob o seguinte argumento:

“... Os efeitos vinculantes aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou, ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou mesmo, estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional”.

18 MORAES, ob. cit., p. 691.

Esclarece o mesmo autor que esse também é o entendimento de vários autores internacionais: GARCIA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional em Iberoamerica*. Madri: Dykinson, 1997, p. 669 e CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da república portuguesa anotada*. 3^a. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994¹⁹. Todavia, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido contrário, ou seja, da não vinculação das decisões da ADI ao Poder Legislativo, sob pena de ocorrer o fenômeno da “fossilização da constituição”. Esse termo foi utilizado pela primeira vez no julgamento da Reclamação nº 2617 Agr/MG, relator o ministro Cezar Peluso, cujo voto está disponível no Boletim Informativo STF nº 377:

“... A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão proferida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não alcançam o Poder Legislativo, que pode editar nova lei com idêntico teor ao texto anteriormente censurado pela Corte. Perfilhando esse entendimento, e tendo em conta o disposto no § 2º do art. 102 da CF e no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, o Plenário negou provimento a agravo regimental em reclamação na qual se alegava que a edição da Lei 14.938/2003, do Estado de Minas Gerais, que instituiu taxa de segurança pública, afrontava a decisão do STF na ADI 2424 MC/CE (acórdão pendente de publicação), em que se suspendera a eficácia de artigos da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criara semelhante tributo. Ressaltou-se que entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incon-

19 Idem. Ibidem.

trolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição”.

Desse modo, segundo posicionamento pacífico do STF, o legislador poderá, em tese, editar uma nova norma legal com conteúdo material idêntico ao do texto normativo declarado inconstitucional, o que já aconteceu, na prática, com a Lei nº 8.212/91. Houve decisão do STF em controle difuso declarando incidenter tantum a inconstitucionalidade do artigo 12, I, “h” dessa lei, com a consequente Resolução do Senado nº 26/2005, no sentido de suspender os seus efeitos (“*ex nunc*”), cuja redação era a seguinte: “São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: I – como empregado: (...) h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social”. Posteriormente, foi sancionada a Lei nº 10.887/2004, que repetiu a mesma redação da norma declarada inconstitucional.

Justifica-se tal posicionamento do STF na ideia de Estado Democrático de Direito, segundo o qual não se pode impedir o legislador de aprovar, a qualquer momento, um novo projeto de lei. As circunstâncias momentâneas podem e devem ser melhoradas, o que significa fazer frente a uma interminável tarefa de adaptação às mudanças sociais e políticas mediante novas decisões. Para isso, é necessário que sejam mantidas abertas todas as vias concebíveis de solução.

No que se refere à vinculação das decisões da ADI aos demais órgãos do Poder Judiciário, não há qualquer celeuma a esse respeito, pela expressa redação do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. A indagação é justamente se o efeito vinculante atinge o seu próprio órgão prolator, qual seja, o STF. Há quem entenda que a decisão em controle concentrado “deve ser aplicada pelo próprio STF, que atua como agente negativo, ao caracterizar o ato do Poder Público como inconstitucional, como também pelos tribunais e

juízes integrantes do Poder Judiciário”.²⁰

Para o ex-ministro do STF Moreira Alves, há sim a vinculação: “A eficácia contra todos ou erga omnes já significa que todos os juízes ou tribunais, inclusive o STF, estão vinculados ao pronunciamento judicial”²¹. Por outro lado, existe o posicionamento de que “a fórmula adotada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, parece excluir também o Supremo Tribunal Federal do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação ‘aos demais órgãos do Poder Judiciário’ legitima esse entendimento”²². Esse mesmo autor cita o pensamento do doutrinador alemão Hans Brox, no sentido de que é admitida, excepcionalmente, a reanálise de constitucionalidade de norma já declarada constitucional pelo Tribunal Constitucional:

“... Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração.”²³

Entendemos que seria, em tese, possível nova aferição de constituçiona-

20 MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: RT, 2003, p.173.

21 MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 265.

22 MENDES, ob. cit., 2001, p. 342.

23 MENDES, ob. cit. 2001, p. 331.

lidade pelo Tribunal Constitucional se presentes os seguintes requisitos: a) uma mudança no conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle; b) uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral; c) ter sido considerada constitucional a norma objeto de novo controle. Em suma, “declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á que concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.²⁴

Percebe-se que são situações extremas que podem levar o Tribunal Constitucional, seja em controle concentrado ou difuso, como é o caso do Brasil, a reexaminar uma questão já debatida exaustivamente entre seus pares, pois, caso contrário, seria instalado verdadeiro clima de total insegurança jurídica no País. Isso porque o conceito de Justiça vem de cada homem, sendo impossível unificá-lo para toda coletividade. E como fazer justiça pelas próprias mãos é inclusive tipificado como crime em nosso ordenamento jurídico (art. 345, do Código Penal), quem substitui a sociedade para realizar a pacificação dos litígios é o Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição.

Para Recaséns Siches, o Direito “nasce originariamente na vida humana para satisfazer uma necessidade de certeza e de segurança em determinadas relações sociais, consideradas da maior importância”²⁵. Nesse sentido, somente com segurança jurídica será estabelecida a pacificação social, evitando que a Justiça seja alcançada pelos particulares, conforme seus próprios sentidos de justiça, notoriamente conflitantes. Antonio-Enrique Pérez Luño²⁶ agrega duas acepções de uma segurança jurídica:

“... En la primera, que responde a la seguridad jurídica stricto sensu, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sis-

24 MENDES, ob. cit. 2001, p. 332.

25 SICHES, Luís Recaséns. Tratado de sociologia. Trad. João Batista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Globo, 1968, p. 703.

26 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La Seguridad Jurídica, 2a. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994, p. 29/30.

tema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta subjetiva, se presenta como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva”.

A ideia de segurança jurídica é inerente às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, já que elas têm eficácia para todos (*erga omnes*), vinculante e retroativa (em regra), a fim de evitar ou eliminar inúmeros processos ajuizados nas instâncias inferiores, os quais teriam como fundamento a declaração incidental de inconstitucionalidade ou não de uma norma ou ato normativo. Além disso, tais decisões advêm da mais alta Corte de Justiça, a qual, como guardiã da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF), deve dar a última palavra em questão constitucional, pondo uma pá de cal nas controvérsias jurídicas instaladas. Com isso, o que se espera é que o STF, ao decidir uma questão constitucional, coloque um fim na discussão jurídica, para que haja na comunidade jurídica, uma sensação de pacificação social.

Via de consequência, a fim de evitar um caos jurídico, deve o STF, quando rever as suas decisões, analisar a pertinência dessa reanálise, observando-se a presença de uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral para nova aferição da matéria constitucional. Claro que este novo reexame somente é possível se, num primeiro momento, o órgão máximo entendeu pela constitucionalidade da lei ou ato normativo atacado, pois, se caso houvesse a declaração de inconstitucionalidade, geraria a sua consequente nulidade (com efeitos retroativos ou não, dependendo se o STF modular os efeitos de sua decisão (art. 27), conforme já analisado acima). Em suma, jamais poderia o STF reexaminar a questão de constitucionalidade de uma norma que foi extirpada do ordenamento jurídico.

Ressalte-se que o STF já se posicionou no sentido de que não se submete às suas decisões em ADI, podendo rever seu próprio entendimento, se assim entender necessário (STF – ADI nº 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI nº 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso):

“... O Tribunal, embora salientando a necessidade de

motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu no sentido de admitir o julgamento das ações diretas, por considerar que o efeito vinculante previsto no § 2º do art. 102 da CF não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Contudo, esse cuidado na reapreciação de questão constitucional já analisada pela Corte nem sempre é observado pelo STF, o que causa total insegurança jurídica. É o caso, por exemplo, da exigência do depósito prévio de 30% (trinta por cento) do valor cobrado pelo Fisco Federal, para que o contribuinte ingresse com recurso perante a segunda instância administrativa (processos administrativos tributários), então previsto no artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91. Num primeiro momento, no julgamento da ADI-MC nº 1.049²⁷ (controle concentrado), o Pleno entendeu constitucional tal exigência. Tal posicionamento jurisprudencial foi reafirmado várias vezes pelo STF²⁸. Entretanto, sem que houvesse qualquer mudança fática na norma legal, o STF reviu o seu entendimento, declarando a inconstitucionalidade da referida norma legal no julgamento conjunto dos REs 388.359; 389.383 e 390.513 (controle difuso), que culminaram súmula vinculante nº 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

Há outra decisão proferida pelo Excelso Pretório, advinda do controle difuso de constitucionalidade (julgamento de recurso extraordinário), que se encaixa perfeitamente na presente discussão. Trata-se da constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, o qual o STF, em reiteradas decisões, entendeu pela sua recepção pela Constituição de 1988, ou seja, que é possível a execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do

27 STF, Pleno, ADI nº 1049/DF; rel. min. Carlos Velloso. DJU: 25/08/1995, p. 26021.

28 STF, Pleno, RE nº 210246/GO; rel. min. Nelson Jobim. DJU: 17/03/2000, p. 028; STF, 1ª T., RE nº 169077/MG; rel. min. Octávio Gallotti. DJU: 27/03/98, p. 018; STF, 2ª T., AI nº 344702 AgR / SC; rel. min. Mauricio Corrêa. DJU: 26/04/02, p. 084; STF, 2ª T., AI nº 427768 AgR / RJ; rel. min. Ellen Gracie. DJU: 01/08/2003, p. 131.

Sistema Financeiro da Habitação – SFH, conforme RE 287.453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223.075, Galvão, DJ 23.06.98. Recentemente, sem que houvesse qualquer alteração na ordem fática, o Excelso Pretório decidiu reavaliar essa pacífica jurisprudência, e está analisando o Recurso Extraordinário nº 627.106/PR, rel. Min. Dias Toffoli. O processo está com vista ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes e, por enquanto, há dois votos pela constitucionalidade do aludido decreto-lei e três votos pela sua inconstitucionalidade.

Nesses dois casos específicos supracitados, percebe-se claramente que não houve uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral para justificar o reexame pelo Pleno do STF, o que, por si só, geraria perplexidade, instabilidade no meio jurídico. Talvez pelo fato de a revisão do entendimento ser favorável aos olhos da maioria dos jurisdicionados (contribuintes e mutuários), não houve um clamor maior da comunidade jurídica. Contudo, isso não justifica a mudança jurisprudencial sem critérios objetivos, sob pena de ruir a segurança jurídica das decisões finais proferidas pelo STF, ameaçando a credibilidade do Poder Judiciário brasileiro.

Claro que mudanças sempre são bem-vindas, justamente para que o Tribunal Constitucional não fique eternamente à mercê de suas decisões anteriores, já que a sociedade é dinâmica e o direito deve sempre acompanhar suas alterações. O que não pode é o STF, sem que haja critério fático ou jurídico substancial que justifique, revisar posições recentes, sob pena de instituir um clima de total insegurança jurídica, haja vista a inevitável sensação de que as decisões do nosso órgão mais alto de Justiça podem ser modificadas a qualquer momento, a bel-prazer de seus pares, sem critérios objetivos.

4. Conclusão

O efeito vinculante previsto para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sempre gerou controvérsias. Para os contrários a tal possibilidade, ele interfere a independência funcional dos magistrados e impossibilita o livre acesso à Justiça e ao devido processo legal. Tais críticas são facilmente afastadas, pois o efeito vinculante tem o poder de “reduzir a incerteza quanto às decisões conflitantes; incrementar a celeridade processual e privilegiar a jurisdição constitucional, possibilitando ao STF exercer

seu papel político-institucional de guardião da Constituição, resolvendo, em definitivo, determinados debates constitucionais” .

Como visto acima, o efeito vinculante das decisões em sede de ADI condiciona o Poder Executivo em todas as suas esferas federativas e os demais órgãos do poder judiciário. Por orientação da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as decisões em ADI não vinculam o Poder Legislativo, sob pena da ocorrência do fenômeno da fossilização da Constituição Federal, nem o próprio órgão prolator (no caso, o STF). Só que a mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, de decisões que geram efeitos vinculantes, eficácia erga omnes e, em regra, efeitos retroativos, deve ser feita com muita parcimônia, ou seja, desde que haja uma alteração no conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle e das relações fáticas ou da concepção jurídica geral. Caso contrário, a imagem do Poder Judiciário, já arranhada com as suas mazelas (lentidão, falta de estrutura, excesso de demandas, entre outros), será ainda mais prejudicada, pois não haverá nos seus julgamentos constitucionais a sensação de extinção da controvérsia jurídica estabelecida, ocasionando a sensação na coletividade de que o STF pode rever, a bel-prazer, seu entendimento, o que é péssimo para imagem e credibilidade do Poder Judiciário pátrio.

E como o STF tem a função constitucional de guardião da Constituição Federal, devendo, nesse contexto, preservar a estabilidade institucional e a segurança jurídica do País, concluímos que uma mudança de seu posicionamento jurisprudencial, já consolidado, seja em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, deve ser realizada de forma muito criteriosa, para que a sociedade como um todo tenha a certeza de que as decisões da cúpula do Poder Judiciário são definitivas.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Presidência da República. Constituição Federal de 1891, 1946, 1967, 1988, Leis Complementares, Leis Ordinárias Federais e Decretos Presidenciais. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 14/09/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 14/09/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LATAILLADE, Iñigo Caverro & RODRIGUES, Tomás Zamora. Introducción al derecho constitucional. Madrid: Editorial Universitas S.A, 1995.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La Seguridad Jurídica, 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____, Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____, Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo/SP: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. O efeito vinculante nas decisões em ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*: ano 30, nº 129, p. 81-91.

PELICIOLI, Ângela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília/DF. ano 44, nº 174, abril/jun/2007, p. 35/47.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região*. Brasília, v. 15, nº 7, jul/2003, p. 58-74.

SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de sociologia*. Trad. João Batista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Globo, 1968.

TAVARES, André Ramos, in: *Curso de Direito Constitucional*, 7ª. Saraiva, 2009.